

## BAB II

### KAJIAN PUSTAKA

#### A. Kebijakan Hukum Pidana

##### A.1 Pengertian Tindak Pidana

Menurut Amir Ilyas,<sup>32</sup> tindak pidana merupakan suatu istilah yang mengandung suatu pengertian dasar dalam ilmu hukum sebagai istilah yang dibentuk dengan kesadaran dalam memberikan ciri tertentu pada peristiwa hukum pidana. Tindak pidana mempunyai pengertian yang abstrak dari peristiwa-peristiwa yang konkrit dalam lapangan hukum pidana, sehingga tindak pidana haruslah diberikan arti yang bersifat ilmiah dan ditentukan dengan jelas untuk dapat memisahkan dengan istilah yang dipakai sehari-hari dalam kehidupan masyarakat.

Istilah "Peristiwa Pidana" atau "Tindak Pidana" adalah sebagai terjemahan dari istilah bahasa Belanda "*strafbaar feit*". Dalam bahasa Indonesia disamping istilah "peristiwa pidana" untuk terjemahan *strafbaar feit* atau *delict* dikenal juga beberapa terjemahan lain tindak pidana, perbuatan pidana, perbuatan yang boleh dihukum dan perbuatan yang dapat dihukum<sup>33</sup>. Oleh karena itu para ahli hukum berusaha untuk memberikan arti dari istilah

<sup>32</sup> Amir Ilyas, **Asas-Asas Hukum Pidana**, Yogyakarta, Rangkang Education Yogyakarta dan Pukap Indonesia, 2012, hlm. 18

<sup>33</sup> C.S.T. Kansil dan Christine S.T. Kansil, **Pokok-Pokok Hukum Pidana**: cetakan ke-1, Pradnya Paramita, Jakarta, 2004, hlm 37

tersebut. Berikut adalah istilah-istilah yang pernah digunakan, baik dalam peraturan perundang-undangan, maupun literatur hukum<sup>34</sup>:

- 1) Tindak Pidana, Ahli hukum yang menggunakan istilah ini, salah satunya adalah Prof. Dr. Wirjono Prodjodikoro S.H (Lihat pada buku *Tindak-Tindak Pidana Tertentu di Indonesia*)
- 2) Peristiwa Pidana, digunakan oleh beberapa ahli hukum, misalnya Mr. R. Tresna, dalam bukunya *Asas-Asas Hukum Pidana*, Mr. Drs. H.J van Schravendijk dalam *Buku Pelajaran Tentang Hukum Pidana Indonesia*, serta Prof. A. Zainal Abidin dalam bukunya *Hukum Pidana*.
- 3) Delik, yang sebenarnya berasal dari bahasa latin *delictum* juga digunakan untuk menggambarkan tentang apa yang dimaksud dengan *strafbaar feit*. Istilah ini dapat dijumpai dalam berbagai literatur, misalnya Prof. A. Zainal Abidin dalam bukunya *Hukum Pidana I*. Prof. Moeljatno pernah juga menggunakan istilah ini, seperti pada judul bukunya *Delik-Delik Percobaan Delik-Delik Penyertaan* walaupun menurut beliau lebih tepat dengan istilah perbuatan pidana.
- 4) Pelanggaran pidana, dapat dijumpai dalam buku *Pokok-Pokok Hukum Pidana* yang ditulis oleh Mr. M.H Tirtamidjaja
- 5) Perbuatan Pidana, istilah ini dipergunakan oleh Prof. Moeljatno dalam buku beliau yang berjudul *Asas-Asas Hukum Pidana*. Moeljatno cenderung lebih sering menggunakan kata

---

<sup>34</sup> Adami Chazawi, **Pembelajaran Hukum Pidana : Bagian 1**, Jakarta, PT RajaGrafindo Persada, 2011, hlm 67

”perbuatan pidana” daripada kata ”tindak pidana”. Moeljatno berpendapat bahwa perbuatan pidana adalah perbuatan pidana adalah perbuatan yang dilarang oleh aturan hukum, larangan mana disertai ancaman (sanksi) berupa pidana tertentu bagi siapa yang melanggar larangan tersebut. Wujud dari perbuatan ini pertama-tama harus dilihat pada perumusan tindak pidana dalam Pasal-pasal tertentu dari peraturan pidana. Perumusan ini dalam bahasa Belanda dinamakan *delicts-omschrijving*. Misalnya dalam tindak pidana pencurian, perumusan secara formil, yaitu benar-benar disebutkan wujud suatu gerakan tertentu dari badan seorang manusia. Sebaliknya perumusan secara materil memuat penyebutan suatu akibat yang disebabkan oleh perbuatannya, seperti misalnya tindak pidana pembunuhan, yang dalam Pasal 338 KUHP dirumuskan sebagai ”mengakibatkan matinya orang lain”. Perbedaan perumusan formil dan materil ini tidak berarti bahwa dalam perumusan formil tidak ada suatu akibat sebagai unsur tindak pidana. Juga dalam tindak pidana dengan perumusan formil selalu ada akibat yang merupakan alasan diancamkannya hukuman pidana. Akibat ini adalah selalu suatu kerugian pada kepentingan orang lain atau kepentingan negara. Menurut beliau kata ”tindak pidana” dikenal karena banyak digunakan dalam perundang-undangan untuk menyebut suatu ”perbuatan pidana”. Moeljatno menggunakan istilah perbuatan pidana,



bukan tindak pidana<sup>35</sup> karena menurut Moeljatno, istilah perbuatan pidana lebih tepat ketimbang istilah tindak pidana dengan dasar argumentasi sebagai berikut<sup>36</sup>:

1. Perbuatan yang dilarang adalah perbuatannya (perbuatan manusia, yaitu suatu kejadian atau keadaan yang muncul sebagai akibat dari perbuatan manusia), artinya larangan itu ditujukan pada perbuatan yang dilakukan. Sementara itu, ancaman pidananya itu ditujukan pada orang yang melakukan perbuatan itu.
2. Antara larangan (yang ditujukan pada perbuatan yang tidak boleh dilakukan) dengan ancaman pidana (yang ditujukan pada orang yang melanggar larangan), ada hubungan erat. Oleh karena itu perbuatan (yang berupa keadaan atau kejadian yang ditimbulkan oleh pelaku) dengan orang yang melakukan perbuatan tadi ada kaitan hubungan yang erat pula.
3. Untuk menyatakan adanya hubungan yang erat tersebut maka menurut Prof. Moeljatno adalah lebih tepat menggunakan istilah perbuatan pidana, dimana perbuatan pidana merujuk kepada suatu pengertian abstrak yang menunjuk pada dua keadaan konkret, yaitu adanya

---

<sup>35</sup> Moeljanto, **Asas-Asas Hukum Pidana: Edisi Revisi**, Jakarta, PT Rineka Cipta, 2009, hlm 59-60, Menurut definisi beliau, Prof Moeljatno menyebutkan bahwa Perbuatan pidana sendiri diartikan sebagai "Suatu perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum larangan dimana disertai ancaman maupun sanksi yang berupa pidana tertentu, bagi barangsiapa yang melanggar larangan tersebut".

<sup>36</sup> Adami Chazawi, Op.cit, hlm 71

kejadian tertentu (perbuatan), dan adanya orang yang berbuat sesuatu atau melakukan hal yang menimbulkan kejadian tersebut.

”Perbuatan” biasanya bersifat positif, tetapi juga dapat bersifat negatif, yaitu terjadi apabila orang tidak melakukan suatu perbuatan tertentu yang ia wajib melakukan sehingga suatu peristiwa terjadi yang tidak akan terjadi apabila perbuatan tertentu itu dilakukan. Sebagai contoh dapat dikemukakan seorang ibu yang tidak memberi makan kepada anaknya yang masih bayi sehingga anak itu meninggal dunia<sup>37</sup>.

Unsur-unsur tindak pidana dapat dibedakan kedalam tiga bagian yaitu:

1. Ada perbuatan (mencocoki rumusan delik)

Artinya perbuatan tersebut merupakan suatu perbuatan yang dilarang oleh undang-undang. Jika perbuatan yang dilakukan oleh pelaku tidak memenuhi rumusan undang-undang atau belum diatur dalam suatu undang-undang maka perbuatan tersebut bukanlah perbuatan yang bisa dikenai ancaman pidana.

2. Melawan hukum

Melawan hukum diartikan sebagai “bertentangan dengan hukum”, bukan saja terkait dengan hak orang lain (hukum subjektif), melainkan juga mencakup Hukum Perdata dan Hukum

---

<sup>37</sup> Wirjono Prodjodikoro, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Bandung: Eresco, 2003, hlm. 61

Administrasi Negara. Sifat melawan hukum dapat dibagi menjadi 4 (empat) jenis, yaitu<sup>38</sup>:

a. Sifat melawan hukum umum

Ini diartikan sebagai syarat umum untuk dapat dipidana yang tersebut dalam rumusan pengertian perbuatan pidana.

Perbuatan pidana adalah kelakuan manumur yang termasuk dalam rumusan delik, bersifat melawan hukum dan dapat dicela.

b. Sifat melawan hukum khusus

Ada kalanya kata “bersifat melawan hukum” tercantum secara tertulis dalam rumusan delik. Jadi sifat melawan hukum merupakan syarat tertulis untuk dapat dipidana. Sifat melawan hukum yang menjadi bagian tertulis dari rumusan delik dinamakan sifat melawan hukum khusus.

c. Sifat melawan hukum formal

Istilah ini berarti semua bagian yang tertulis dari rumusan delik telah dipenuhi (jadi semua syarat tertulis untuk dapat dipidana).

d. Sifat melawan hukum materiil

Sifat melawan hukum materiil berarti melanggar atau membahayakan kepentingan hukum yang hendak dilindungi oleh pembentuk undang-undang dalam rumusan delik tertentu.

<sup>38</sup> I Made Widnyana, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Jakarta, PT. Fikahati Aneska, 2010, hlm. 57



### 3. Tidak ada alasan pembenar

Meskipun suatu perbuatan yang dilakukan oleh pelaku memenuhi unsur dalam undang-undang dan perbuatan tersebut melawan hukum, namun jika terdapat “alasan pembenar”, maka perbuatan tersebut bukan merupakan “perbuatan pidana”.

## A.2 Unsur-Unsur Tindak Pidana

Peristiwa Pidana, yang disebut juga tindak pidana atau delik ialah suatu perbuatan atau rangkaian perbuatan yang dapat dikenakan hukuman pidana. Suatu peristiwa hukum dapat dinyatakan sebagai peristiwa pidana jika memenuhi unsur-unsur pidananya, yakni:

### 1. Obyektif

Yaitu suatu tindakan yang bertentangan dengan hukum atau peraturan perundang-undangan yang berlaku, serta mengindahkan akibat yang dilarang oleh hukum dimana ada ancaman hukumannya. Yang dijadikan titik fokus utama dari pengertian objektif disini adalah perbuatan yang dilakukan.

### 2. Subjektif

Yaitu perbuatan seseorang yang berakibat tidak dikehendakinya atau tidak diinginkannya suatu akibat yang dihindari oleh Undang-Undang atau peraturan yang berlaku. Sifat subjektif ini menitikberatkan kepada

keutamaan adanya pelaku baik hanya seorang pelaku atau beberapa orang pelaku<sup>39</sup>

Sama halnya dengan pendapat sebelumnya, Unsur-unsur tindak pidana, menurut Leden Marpaung dalam bukunya Hukum Pidana Bagian Khusus<sup>40</sup>, membedakan 2 macam unsur yaitu Unsur subjektif dan Unsur objektif. Unsur-unsur Subjektif dari suatu tindak pidana adalah :

- a. Kesengajaan atau ketidak sangajaan (*dolus atau culpa*)
- b. Maksud pada suatu percobaan
- c. Macam-macam maksud seperti yang terdapat di dalam kejahatan-kejahatan Pembunuhan, Pencurian, Penipuan.
- d. Merencanakan terlebih dahulu, contoh: Pasal 340 KUHP.

Kemudian yang dimaksud dengan Unsur Objektif adalah unsur yang ada hubungan dengan keadaan tertentu di mana keadaan-keadaan tersebut sesuatu perbuatan telah dilakukan. Unsur-unsur Objektif dari suatu tindak pidana adalah :

- a. Sifat melawan hukum. Misalnya Pasal 338 KUHP.
- b. Kausalitas (*sebab-akibat*) dari pelaku.

<sup>39</sup> R Abdoel Djamali, **Pengantar Hukum Indonesia Edisi Revisi**, Jakarta, PT RajaGrafindo Persada, 2010, hlm 175

<sup>40</sup> Leden Marpaung, **Hukum Pidana Bagian Khusus**, Sinar Grafika, Jakarta, 1991, hlm 9



- c. Kausalitas yaitu hubungan antara sesuatu tindakan sebagai penyebab dengan sesuatu kenyataan akibat.

### A.3 Pelaku Tindak Pidana

Pelaku Tindak Pidana juga bisa disebut sebagai pelaku kejahatan, dan kejahatan adalah suatu nama atau cap yang diberikan orang untuk menilai perbuatan-perbuatan tertentu, sebagai perbuatan jahat. Maka dengan demikian si pelaku disebut dengan Penjahat<sup>41</sup>. Berdasarkan KUHP, Orang yang dipidana sebagai pelaku tindak pidana adalah Mereka yang melakukan, yang menyuruh melakukan, dan yang turut serta melakukan perbuatan, serta bagi Mereka yang dengan memberi atau menjanjikan sesuatu, dengan menyalahgunakan kekuasaan atau martabat, dengan kekerasan, ancaman atau penyesatan, atau dengan memberi kesempatan, sarana atau keterangan, sengaja menganjurkan orang lain, supaya melakukan perbuatan.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> Gerson W. Bawengan, **Pengantar Psychologi Kriminal**, Pradnya Paramita, Jakarta Pusat, 1997, hlm 18

<sup>42</sup> **Op.cit**, Lihat Pasal 55 KUHP

(1) Dipidana sebagai pelaku tindak pidana:

1. Mereka yang melakukan, yang menyuruh melakukan, dan yang turut serta melakukan perbuatan
2. Mereka yang dengan memberi atau menjanjikan sesuatu, dengan menyalahgunakan kekuasaan atau martabat, dengan kekerasan, ancaman atau penyesatan, atau dengan memberi kesempatan, sarana atau keterangan, sengaja menganjurkan orang lain, supaya melakukan perbuatan.

#### A.4 Pertanggungjawaban Pidana

Alf Ross mengemukakan pendapatnya mengenai apa yang dimaksud dengan seseorang yang bertanggungjawab atas perbuatannya. Pertanggung jawaban pidana dinyatakan dengan adanya suatu hubungan antara kenyataan-kenyataan yang menjadi syarat akibat dan akibat hukum yang diisyaratkan. Perbuatan pidana hanya menunjuk kepada dilarang dan diancamnya suatu perbuatan dengan pidana. Ini tergantung dari persoalan, apakah dalam melakukan perbuatan itu dia mempunyai kesalahan, sebab asas dalam pertanggungjawaban dalam hukum pidana ialah: tidak dipidana jika tidak ada kesalahan (*Geen straf zonder schuld; Actus non facit reum mens rea*)<sup>43</sup>.

Pertanggungjawaban pidana dalam istilah asing tersebut juga dengan *teorekenbaardheid* atau *criminal responsibility* yang menjurus kepada pemidanaan pelaku dengan maksud untuk menentukan apakah seseorang terdakwa atau tersangka dipertanggung jawabkan atas suatu tindakan pidana yang terjadi atau tidak. Untuk dapat dipidananya si pelaku, disyaratkan bahwa tindak pidana yang dilakukannya itu memenuhi unsur-unsur yang telah ditentukan dalam Undang-undang. Dilihat dari sudut terjadinya tindakan yang dilarang, seseorang akan dipertanggung jawabkan atas tindakan-tindakan tersebut, apabila tindakan tersebut melawan hukum serta tidak ada alasan pembeda atau

<sup>43</sup> Moeljatno, **Hukum Pidana II**, Jakarta, Bina Aksara, 1995, hlm 153

peniadaan sifat melawan hukum untuk pidana yang dilakukannya, dan dilihat dari sudut kemampuan bertanggung jawabnya, maka hanya seseorang yang mampu bertanggung jawab saja yang mampu untuk mempertanggungjawabkan perbuatannya. Tidak ada pemidanaan bila tidak ada unsur kesalahan terhadap pelaku maupun perbuatannya adalah merupakan salah satu dari sekian azas tentang pertanggungjawaban terhadap perbuatan pidana. Oleh karenanya berkaitan dengan hal dipidananya seseorang yang melakukan tindak pidana sebagaimana yang telah diancamkan, ini tergantung dari soal apakah dalam melakukan perbuatan ini dia mempunyai kesalahan<sup>44</sup>.

#### **A.5 Sistem Pidanaan Di Indonesia**

Andi Hamzah memberikan arti daripada sistem pidana dan sistem pemidanaan sebagai sistematika atau susunan (pidana) dan cara pidanaan. M. Sholehuddin menyatakan, bahwa masalah sanksi hukum merupakan hal yang sentral dalam hukum pidana karena seringkali sanksi hukum tersebut sebagai bentuk penggambaran nilai-nilai sosial kultur budaya dari suatu bangsa. Artinya pidana mengandung tata nilai dalam suatu lingkungan masyarakat mengenai apa yang baik dan yang tidak baik, apa yang bermoral dan apa yang amoral serta apa yang diperbolehkan dan

---

<sup>44</sup> Moeljatno, *Ibid*, hlm 153



apa yang tidak diperbolehkan.<sup>45</sup> Sistem merupakan Hubungan dan kaitan dari beberapa unsur yang menjadi satu fungsi. Sistem pemidanaan memegang posisi yang cukup sentral, pokok, atau strategis dalam usaha untuk menanggulangi atau mengatasi terjadinya tindak pidana. Sistem pemidanaan adalah suatu tata aturan perundang-undangan yang berhubungan dengan sanksi pidana dan pemidanaan. Apabila pengertian sistem pemidanaan diartikan secara luas sebagai suatu proses pemberian atau penjatuhan pidana oleh hakim, maka bisa dikatakan bahwa sistem pemidanaan mencakup keseluruhan ketentuan perundang-undangan yang mengatur bagaimana hukum pidana itu ditegakkan difungsikan atau diaplikasikan kepada kehidupan nyata secara konkret sehingga seseorang dijatuhi sanksi (hukum) pidana. Ini berarti semua aturan perundang-undangan mengenai hukum pidana materiil substantif, hukum pidana formil dan hukum pelaksanaan pidana dapat dilihat sebagai satu kesatuan sistem pemidanaan. Maka dapatlah dikatakan bahwa pemidanaan tidak dapat terlepas dari jenis-jenis pidana yang diatur dalam hukum positif suatu negara. Pemidanaan yang dilakukan oleh suatu masyarakat yang teratur terhadap pelaku kejahatan dapat berbentuk menyingkirkan atau melumpuhkan para pelaku tindak pidana, sehingga pelaku tersebut tidak lagi mengganggu di masa yang akan datang. Cara menyingkirkan atau melumpuhkan para pelaku tindak pidana

---

<sup>45</sup> Mohammad Ekaputra dan Abul Khair, **Sistem Pidana Di Dalam KUHP Dan Pengaturannya Menurut Konsep KUHP Baru**, USU Press, Medan, 2010, hlm 13

tersebut dapat dilakukan dengan berbagai macam upaya yaitu berupa pidana mati, pengasingan, pembuangan, pengiriman ke seberang lautan dan sampai hukuman kurungan penjara. Secara berangsur-angsur terjadi pergeseran dari waktu ke waktu terhadap cara pemidanaan itu.

Sistem pemidanaan di Indonesia mencakup beberapa teori pemidanaan. Sistem ini bertujuan untuk perlindungan masyarakat untuk mencapai kesejahteraan. Sistem pemidanaan itu antara lain<sup>46</sup>:

a. Teori absolut atau teori pembalasan

Teori ini memberikan statement bahwa pidana mempunyai fungsi untuk menghilangkan kejahatan pidana tersebut.

b. Teori relatif atau teori tujuan

Menurut teori ini penjatuhan pidana itu terpidana harus dibina atau dididik dengan benar sehingga setelah selesai menjalani masa pidananya, ia akan menjadi orang yang lebih baik lagi dari sebelum menjalani masa hukuman pidana.

c. Teori Gabungan

Teori ini muncul sebagai reaksi dari teori sebelumnya yang kurang dapat memuaskan menjawab mengenai tujuan dari pemidanaan. Teori gabungan ini berupaya mensinergikan konsep-konsep yang dianut oleh teori absolut dan teori relatif, dimana selain tujuan pemidanaan

<sup>46</sup> Ruslan Saleh, **Stelsel Pidana Indonesia**, Aksara Baru, Jakarta, 1983, hlm 26

yaitu disamping penjatuhan pidana itu harus membuat jera, juga harus memberikan perlindungan serta pendidikan terhadap masyarakat dan terpidana.

Penjatuhan Pidana atau pemidanaan adalah sanksi yang dijatuhkan kepada seseorang yang telah melakukan tindak pidana. Penjatuhan pidana dimaksudkan dengan harapan agar pelakunya jera dan tidak mengulangi kembali perbuatannya. Karena perbuatannya (tindak pidana yang sudah dilakukan) pelakunya harus mempertanggungjawabkan perbuatannya karena perbuatan tersebut merupakan peristiwa pidana yang mana telah melanggar hukum. Sampai saat ini Hukum Pidana Indonesia belum memiliki Sentencing Guidelines (pedoman yang memuat tentang pemidanaan), tapi sudah dirumuskan dalam Pasal 55 RUU-KUHP 2008. Penjatuhan Pidana atau Pemidanaan bisa diartikan sebagai tahap penetapan sanksi juga tahap pemberian sanksi dalam hukum pidana. Kata “Pidana” pada umumnya diartikan sebagai hukum. Sedangkan “Pemidanaan” diartikan sebagai penghukuman.<sup>47</sup> Jenis-Jenis Pidana sendiri terdapat di dalam KUHP, dan jenis-jenis itu antara lain:

#### **Pasal 10**

##### **Pidana terdiri atas:**

- a. Pidana Pokok
  - Hukuman Mati
  - Hukuman Penjara
  - Hukuman Kurungan
  - Hukuman Denda

<sup>47</sup> Mahrus Ali, **Dasar-Dasar Hukum Pidana**, Jakarta, Sinar Grafika, 2011, hlm 194



b. Pidana Tambahan

- Pencabutan Hak-Hak Tertentu
- Perampasan Barang-Barang Tertentu
- Pengumuman Putusan Hakim<sup>48</sup>

### A.6 Kebijakan Kriminalisasi Perbuatan Sebagai Tindak Pidana

Segala usaha yang dilakukan melalui pembentukan undang-undang dan tindakan dari badan-badan resmi, yang bertujuan untuk menegakkan norma-norma pokok dari masyarakat dikenal sebagai suatu kebijakan kriminal dalam arti yang luas. Sedangkan kebijakan kriminal atau politik kriminal (*criminal policy*) dalam arti sempit diartikan sebagai usaha yang rasionil dari masyarakat untuk menanggulangi kejahatan<sup>49</sup>. Kebijakan atau upaya penanggulangan kejahatan pada dasarnya merupakan bagian dari upaya perlindungan terhadap masyarakat (*social defence*) dan upaya mencapai kesejahteraan untuk masyarakat (*social welfare*). Oleh karena itu, dapat dikatakan oleh penulis bahwa tujuan akhir dari kebijakan kriminal ialah perlindungan terhadap masyarakat untuk mencapai kesejahteraan masyarakat.<sup>50</sup> Sebagai sarana penanggulangan kejahatan, kebijakan kriminal dapat dideskripsikan dalam berbagai bentuk. Bentuk pertama berupa usaha *prevention without punishment* (tanpa menggunakan sarana penal). Kedua adalah mendayagunakan usaha-usaha

<sup>48</sup> KUHP, *Op.cit*, lihat Pasal 10

<sup>49</sup> Lidya S.W, **Jurnal Hukum Vol 3 : Revisi Pasal Perzinaan dalam Rancangan KUHP: Studi Masalah Perzinaan di Kota Padang dan Jakarta**, Jakarta, Nusantara, 2009, hlm 314

<sup>50</sup> Barda Nawawi Arief, **Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana**, Bandung, Citra Aditya Bakti, 2005, hlm 2

pembentukan opini masyarakat tentang kejahatan dan sosialisasi hukum melalui media massa secara luas. Ketiga adalah menggunakan sarana penal yang sering disebut sistem peradilan pidana (*criminal justice system*). Dalam hal ini secara luas meliputi pula proses kriminalisasi. kebijakan kriminalisasi harus mempertimbangkan beberapa kriteria sebagai berikut yaitu:

1. Perbuatan yang akan dikriminalisasikan adalah perbuatan yang melanggar nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat (adat istiadat, kesusilaan dan agama);
2. Perbuatan yang akan dikriminalisasikan bersifat anti sosial karena merugikan masyarakat atau menimbulkan kerusakan terhadap masyarakat;
3. Kebijakan kriminalisasi harus memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja badan-badan penegak hukum;
4. Kebijakan kriminalisasi harus memperhatikan fungsi dan tujuan hukum pidana untuk menanggulangi kejahatan.<sup>51</sup>

## **B. Tindak Pidana Perzinaan Pada KUHP**

### **B.1. Kualifikasi Perzinaan di KUHP**

Seperti yang sudah disebutkan diawal, kualifikasi delik zina dapat dilihat pada rumusan pasal 284 KUHP dimana delik zina adalah merupakan salah satu delik asusila yang ada pada BAB

---

<sup>51</sup> Lidya S.W, *Op.cit*, hlm 320



XIV KUHP.<sup>52</sup> Tindak kejahatan asusila terbatas mencakup BAB XIV KUHP dan dalam Bab tersebut tidak disebutkan adanya kualifikasi bagi pelaku zina dengan status lajang. Definisi antara perziniaan sebagaimana yang telah diatur dalam KUHP dengan zina dengan pelaku yang berstatus lajang yang tidak diatur dalam KUHP sendiri bisa dikatakan beda tipis. Pada dasarnya keduanya adalah sama-sama persetubuhan yang dilakukan dua orang yang tidak terikat perkawinan. Yang membedakan adalah pelakunya, syarat suatu perbuatan bisa disebut sebagai perziniaan adalah jika salah satu pelakunya masih terikat perkawinan<sup>53</sup> yang mana pasal 27 BW berlaku baginya. Sementara pada zina

---

<sup>52</sup> Bunyi Dari Pasal 284 KUHP:

- (1) Diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan bulan:
    - a. seorang pria yang telah kawin yang melakukan gendak (overspel), padahal diketahui bahwa pasal 27 BW berlaku baginya,
    - b. seorang wanita yang telah kawin yang melakukan gendak, padahal diketahui bahwa pasal 27 BW berlaku baginya;
  2. a. seorang pria yang turut serta melakukan perbuatan itu, padahal diketahuinya bahwa yang turut bersalah telah kawin;
  - b. seorang wanita yang telah kawin yang turut serta melakukan perbuatan itu, padahal diketahui olehnya bahwa yang turut bersalah telah kawin dan pasal 27 BW berlaku baginya.
- (2) Tidak dilakukan penuntutan melainkan atas pengaduan suami/istri yang tercemar, dan bilamana bagi mereka berlaku pasal 27 BW, dalam tenggang waktu tiga bulan diikuti dengan permintaan bercerai atau pisah-meja dan ranjang karena alasan itu juga.
  - (3) Terhadap pengaduan ini tidak berlaku pasal 72, 73, dan 75.
  - (4) Pengaduan dapat ditarik kembali selama pemeriksaan dalam sidang pengadilan belum dimulai.
  - (5) Jika bagi suami-istri berlaku pasal 27 BW, pengaduan tidak diindahkan selama perkawinan belum diputuskan karena perceraian atau sebelum putusan yang menyatakan pisah meja dan tempat tidur menjadi tetap.

<sup>53</sup> Lihat KUHP pasal 284 ayat 1 ke-1(a) dan (b), **Op.cit**, Secara tegas dalam KUHP pasal 284 ayat (1) menyatakan bahwa perziniaan (persetubuhan diluar nikah) sanksi pidana hanya bisa dikenakan bagi pria atau wanita yang telah menikah.



lajang, pelaku tidak harus sudah terikat perkawinan, melainkan masih bujang & lajang.

## B.2. Unsur-Unsur Perzinaan

Suatu perbuatan untuk dapat dikatakan sebagai tindak pidana perzinaan harus memenuhi unsur – unsur sebagai berikut :

a. Unsur setiap orang.

Setiap orang yang dimaksud yaitu, sebagai subyek atau pelaku dari tindak pidana perzinaan.

b. Unsur telah melakukan, menyuruh, dan turut serta melakukan zina. Perbuatan tersebut dilakukan dengan sengaja atau dengan maksud tertentu artinya perbuatan tersebut benar – benar diinginkan oleh pelaku (ingin berbuat zina).

Dari rumusan pasal tersebut, menurut Adami Chazawi dalam bukunya, bahwa terdapat 3 unsur esensial dalam unsur-unsur perzinaan, unsur-unsur esensial itu antara lain:

1. melakukan persetubuhan dengan perempuan atau laki-laki bukan suami atau bukan istrinya
2. bagi dirinya berlaku pasal 27 BW
3. dan dirinya sedang dalam ikatan perkawinan.<sup>54</sup>

Dari rumusan yang ada pada Pasal 284 KUHP berdasarkan pendapat dari Adami Chazawi tersebut, maka unsur-unsur

<sup>54</sup> Adami Chazawi, **Tindak Pidana Mengenai Kesopanan**, Op.cit, hlm 57

perzinaan adalah adanya persyaratan bahwa pelakunya, baik keduanya atau minimal salah satunya telah kawin, adanya pengaduan dari suami atau isteri yang tercemar, dan si pelaku yang turut serta harus mengetahui bahwa pasangannya berlaku pasal 27 BW terhadapnya dimana ia masih terikat perkawinan.

### **B.3. Hukum Bagi Pelaku Zina Dalam KUHP**

Seperti dalam Pasal 284 KUHP, ancaman hukumannya adalah 9 Bulan pidana penjara bagi pelaku zina beserta pasangannya, dan penuntutan atas pemidanaan bagi pelaku zina dilakukan berdasarkan pengaduan istri/suami sebagai korban yang tercemar. Perzinaan dalam KUHP dikategorikan sebagai delik aduan relatif yang mana baru bisa dilakukan upaya pemidanaan bila ada aduan dari korban yaitu suami/istri yang tercemar. Meskipun tindak pidananya telah terjadi (perzinaan) namun selama tidak ada pengaduan dari suami/istri yang bersangkutan, maka tidak bisa dilakukan penuntutan.

## **C. Perzinaan Dalam Hukum Islam Di Indonesia**

### **C.1. Pengertian Zina Dalam Hukum Islam**

Berdasarkan salah satu Peraturan pada salah satu daerah provinsi di Indonesia yaitu Provinsi Aceh, dalam Qanun-nya, Zina adalah persetujuan antara seorang laki-laki atau lebih dengan seorang perempuan atau lebih tanpa ikatan perkawinan dengan

kerelaan kedua belah pihak.<sup>55</sup> Dalam hal ini hanya menyebutkan seorang laki-laki dengan seorang perempuan yang bersetubuh tanpa ikatan perkawinan, tidak menyebutkan bahwa salah satu diantara keduanya harus sedang dalam ikatan perkawinan.

Pengertian zina dalam hukum pidana Islam tidak seperti apa yang dirumuskan dengan zina menurut hukum Barat. Sistem hukum barat menyebut zina sebagai perbuatan hubungan antara laki-laki dan perempuan layaknya suami istri yang mana salah satu atau keduanya sedang terikat dalam hubungan perkawinan. Pengertian tersebut terlalu sempit, sehingga jika ditafsirkan maka dua orang lawan jenis yang berhubungan yang mana keduanya juga sama-sama tidak sedang terikat perkawinan adalah bukan zina. Tetapi menurut hukum islam, zina adalah tindakan melakukan hubungan seksual yang diharamkan oleh dua orang atau lebih yang bukan suami istri. Zina yang dimaksud disini berlaku bagi siapa saja yang berhubungan badan baik bagi yang sedang atau tidak sedang terikat perkawinan.<sup>56</sup>

Jadi secara garis besar, zina adalah hubungan badan atau seksual yang dilakukan oleh dua orang lawan jenis yang bukan pasangan sahnya (suami/istrinya), bukan dipandang dari sudut status pelakunya yang sedang terikat perkawinan atau tidak. Pada

---

<sup>55</sup> Pasal 1 ayat 26 Qanun Aceh Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Hukum Jinayat, kiranya perlu dijadikan sebagai pertimbangan karena baru Provinsi Aceh saja yang menerapkan Peraturan Daerah dengan berbasiskan pada Hukum Islam yang mana pada Qanun-nya memuat sanksi mengenai zina.

<sup>56</sup> Asadulloh Al Faruk, *Op.cit*, hlm 24-25



dasarnya pengertian zina lajang dalam Islam mendekati atau bahkan sama dengan perbuatan zina, yaitu masuknya kemaluan laki-laki dan perempuan tanpa dilandasi ikatan perkawinan yang sah oleh agama maupun negara.

## C.2. Hukum Melakukan Zina Dalam Hukum Islam

Zina dalam pandangan Islam dibagi menjadi dua kategori, yaitu zina yang dilakukan kalangan lajang (pelakunya dengan status lajang) atau yang belum menikah (*ghairu muhsan*) dan zina yang dilakukan orang yang sudah menikah (*muhsan*). Dalam pandangan hukum Islam, hukuman bagi orang yang melakukan zina dengan predikat muhsan, maka ia harus mendapatkan hukuman yang lebih berat ketimbang predikat ghairu muhsan. Sementara itu, perziniaan bagi kalangan lajang atau ghairu muhsan, maka ia dikenakan hukuman deraan sebanyak 100 kali dan diasingkan, baik bagi pelaku laki-laki dan yang perempuan sama. Dalam kajian hukum Islam, perbuatan zina dikenakan hukuman seratus kali dera tidak memandang apakah ia sudah menikah atau belum. Meski demikian, hukum yang tercantum dalam Al Quran tersebut kemudian diperkuat dengan hadis yang menyatakan bahwa pelaku zina muhsan harus dikenakan rajam, yaitu badan dikubur hingga masih kepala, lantas dilempari batu hingga meninggal. Sementara itu, pelaku zina oleh kalangan yang belum menikah dikenakan dera sebanyak 100 kali dan diasingkan di

wilayah lain.<sup>57</sup> Dalam Alqur'an terdapat banyak ayat yang membahas tentang zina. Ayat-ayat tersebut tersebar ke berbagai surat dalam Al-quran diantaranya:

1. Surat An-Nisa<sup>58</sup>
2. Surat Al-Maa'idah<sup>59</sup>
3. Surat Al-Israa<sup>60</sup>
4. Surat An-Nuur<sup>61</sup>

<sup>57</sup> Asadulloh Al Faruk, **Op.cit**, hlm 60

<sup>58</sup> "...dan (diharamkan juga kamu mengawini) wanita yang bersuami, kecuali budak-budak yang kamu miliki (Allah telah menetapkan hukum itu) sebagai ketetapan-Nya atas kamu. Dan diharamkan bagi kamu selain yang demikian (yaitu) mencari istri-istri dengan hartamu untuk dikawini bukan untuk **berzina**..." (QS An-Nisa: 4:24)

"...berilah maskawin mereka menurut yang patut, sedang mereka pun wanita-wanita yang memelihara diri, **bukan pezina** dan bukan (pula) wanita yang mengambil laki-laki lain sebagai piaraannya; dan apabila mereka telah menjaga diri dengan kawin, kemudian mereka mengerjakan perbuatan yang **keji (zina)**, maka atas mereka separo hukuman dari hukuman wanita-wanita merdeka yang bersuami. (Kebolehan mengawini budak) itu, adalah bagi orang-orang yang takut kepada kesulitan menjaga diri (dari perbuatan zina) di antaramu, dan kesabaran itu lebih baik bagimu. Dan Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang..." (QS An-Nisa: 4:25)

<sup>59</sup> "...pada hari ini diharamkan bagimu yang baik-baik. Makanan (sembelihan) orang-orang yang diberi Al Kitab itu halal bagimu, dan makanan kamu halal pula bagi mereka. (Dan diharamkan mengawini) wanita-wanita yang menjaga kehormatan di antara wanita-wanita yang beriman dan wanita-wanita yang menjaga kehormatan di antara orang-orang yang diberi Al Kitab sebelum kamu, bila kamu telah membayar maskawin mereka dengan maksud menikahinya, **tidak dengan maksud berzina** dan tidak (pula) menjadikannya gundik-gundik..."(QS Al Maaidah: 5:5)

<sup>60</sup> "...Dan **janganlah kamu mendekati zina**; sesungguhnya zina itu adalah suatu perbuatan yang keji dan suatu jalan yang buruk..." (QS Al Israa 17:32)

<sup>61</sup> "...**Perempuan yang berzina dan laki-laki yang berzina, maka deralah tiap-tiap seorang dari keduanya seratus kali dera**, dan janganlah belas kasihan kepada keduanya mencegah kamu untuk (menjalankan) agama Allah, jika kamu beriman kepada Allah, dan hari akhirat, dan hendaklah (pelaksanaan) hukuman mereka disaksikan oleh sekumpulan dari orang-orang yang beriman..." (QS An-Nuur: 24:2)

"...laki-laki yang berzina tidak mengawini melainkan perempuan yang berzina, atau perempuan yang musyrik; dan perempuan yang berzina tidak dikawini melainkan oleh laki-laki yang berzina atau laki-laki musyrik, dan yang demikian itu diharamkan atas orang-orang yang mukmin..." (QS An-Nuur: 24:3)

"...dan orang-orang yang menuduh wanita-wanita yang baik-baik (berbuat zina) dan mereka tidak mendatangkan empat orang saksi, maka deralah mereka (yang menuduh itu) delapan puluh kali dera, dan janganlah kamu terima kesaksian mereka buat selama-lamanya. Dan mereka itulah orang-orang yang fasik..." (QS An-Nuur: 24:4)

"...dan orang-orang yang menuduh istrinya (berzina), padahal mereka tidak ada mempunyai saksi-saksi selain diri mereka sendiri, maka persaksian orang itu ialah empat kali bersumpah dengan nama Allah, sesungguhnya dia adalah termasuk orang-orang yang benar..." (QS An-Nuur: 24:6)



5. Surat Al-Furqaan<sup>62</sup>
6. Surat Al-Mumtahanah<sup>63</sup>

Selain daripada ayat-ayat Al-quran, juga terdapat beberapa Hadis tentang zina yang mana sama halnya dengan surat-surat dalam Al-quran yaitu mengharamkan perbuatan zina. Bahkan terlebih dalam hadis, hal-hal mengenai hukumannya, jarimahnyanya dijelaskan lebih rinci karena didasarkan kepada contoh kasus yang ada dalam zaman kehidupan Nabi Muhammad S.A.W.<sup>64</sup>

---

“...sesungguhnya orang-orang yang menuduh wanita-wanita yang baik-baik, yang lengah lagi beriman (berbuat zina), mereka kena laknat di dunia dan akhirat, dan bagi mereka azab yang besar...” (QS An-Nuur: 24:23)

“...katakanlah kepada orang laki-laki yang beriman: ”Hendaklah mereka menahan pandangannya, dan memelihara kemaluannya; yang demikian itu adalah lebih suci bagi mereka, sesungguhnya Allah Maha Mengetahui apa yang mereka perbuat ...” (QS An-Nuur: 24:30)

<sup>62</sup> “...dan orang-orang yang tidak menyembah tuhan yang lain beserta Allah dan tidak membunuh jiwa yang diharamkan Allah (membunuhnya) kecuali dengan (alasan) yang benar, dan tidak berzina, barang siapa yang melakukan demikian itu, niscaya dia mendapat (pembalasan) dosa (nya, (yakni) akan dilipat gandakan azab untuknya pada hari kiamat dan dia akan kekal dalam azab itu, dalam keadaan terhina. Kecuali orang-orang yang bertaubat, beriman dan mengerjakan amal saleh; Maka itu kejahatan mereka diganti Allah dengan kebajikan. dan adalah Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang...” (Qs Al-Furqaan:25: 68-70)

<sup>63</sup> “...Hai Nabi, apabila datang kepadamu perempuan-perempuan yang beriman untuk mengadakan janji setia, bahwa mereka tidak akan mempersekutukan sesuatu pun dengan Allah; tidak akan mencuri, tidak akan berzina, tidak akan membunuh anak-anaknya, tidak akan berbuat dusta yang mereka ada-adakan antara tangan dan kaki mereka dan tidak akan mendurhakaimu dalam urusan yang baik, maka terimalah janji setia mereka dan mohonkanlah ampunan kepada Allah untuk mereka. Sesungguhnya Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang...”(QS Al-Mumtahanah 60:12)

<sup>64</sup> Beberapa Hadis Riwayat Mengenai Perbuatan Zina, diantaranya sebagai berikut:

1. “...Diriwayatkan dari Abu Hurairah RA bahwasannya Nabi SAW bersabda: “Allah SWT telah menentukan bahwa anak adam cenderung terhadap perbuayan zina. Keinginan tersebut tidak dapat dielakkan yaitu melakukan zina mata dalam bentuk pandangan, zina mulut dalam bentuk penuturan, zina perasaan melalui cita-cita dan keinginan mendapatkannya. Namun kemaluan-lah yang menentukan dalam berbuat zina atau tidak.”...”
2. “...Pezina tidak dikatakan mu’min ketika ia berzina...” (HR. Bukhari no. 2475, Muslim no.57)
3. “...Janganlah seorang laki-laki berkhalwat (berdua-duaan) dengan seorang wanita, melainkan yang ketiga dari mereka adalah setan...”(HR. Tirmidzi, no.2165)
4. “...Sa’id bin Ubadah Ra. berkata, “Seandainya aku melihat seorang lelaki bersama istrinya, pasti aku akan menebasnya dengan pedang tanpa ampun.” Ketika ucapannya itu terdengar oleh Rasulullah, beliau shallallahu ‘alaihi wasallam. bersabda, “Adakah kalian heran



Ada aturan yang sangat ketat untuk menghukumi pelaku zina. Terdapat dua kategori zina dalam pandangan Islam. Pertama, zina menurut syariat, fiqh, atau hukum. Kedua, zina menurut spiritual seseorang. Menurut hukum Islam, seseorang yang melakukan zina tidak akan dikenakan hukuman selama tidak ada pembuktian sebanyak empat orang saksi. Atas pembuktian dan rumitnya aturan-aturan dan batasan-batasan mengenai zina dalam Islam tersebut, sebetulnya seseorang sangat sulit untuk dikenakan sanksi pidana atau hukuman karena perbuatan zina. Tapi jika ditinjau dari segi spiritual, jelas perbuatan zina akan merusak nilai-nilai spiritual dan merusak jalan yang dibangun dengan Allah. Terkait dengan nilai spiritual seseorang, maka nilai kecerdasan spiritual bisa rusak, catat, atau hancur.<sup>65</sup> Dalam pandangan Islam Zina diartikan sebagai perbuatan yang apabila terbukti bisa dikenakan hukuman rajam bagi orang yang sudah menikah, serta cambuk seratus kali dan diasingkan bagi seorang yang belum menikah. Dasar hukumnya terdapat dalam Al-quran yakni pada surat *An-Nuur* dan hadis dimana pada salah satunya menyebutkan bahwa setiap manusia, baik laki-laki maupun perempuan mempunyai kecenderungan untuk berbuat zina.<sup>66</sup>

---

dengan kecemburuan Sa'id? Demi Allah, aku lebih pencemburu daripada dia, dan Allah lebih pencemburu daripada aku. Karena itu, Dia mengharamkan perbuatan keji, baik yang tampak maupun yang tersembunyi..." (HR. Al-Bukhari & Muslim)

5. "...Rasulullah S.A.W bersabda: "Sesungguhnya Allah telah menetapkan bagi Bagi Adam bagian mereka dari zina, mau tidak mau. Kedua mata bisa berzina, dan zina keduanya adalah dengan memandang. Lidah juga bisa berzina dan zina lidah adalah dengan bicara. Kaki juga bisa berzina dan zina kaki adalah langkahnya (menuju kemaksiatan). Tangan juga bisa berzina, dan zina tangan adalah dengan memegang. Hati bisa berhasrat dan berangan-angan; kamaluan yang akan membuktikan zina itu kenyataan atau tidak..." (HR. Bukhari & Muslim)

<sup>65</sup> Islamcendekia, Op.cit

<sup>66</sup> Prof. Zainudin Ali, **Hukum Pidana Islam**, Jakarta, Sinar Grafika, 2007, hlm 40